

A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais

The vicarious liability of corporate managers

Pedro Correia Gonçalves¹

Sumário: Introdução; 1 A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais; 1.1 A estrutura empresarial e a figura da “autoria mediata”; 1.2 O dever de garante dos administradores e gestores empresariais: as suas fontes e o seu fundamento; 1.3 O dever de garante dos administradores e gestores empresariais: o seu conteúdo e os seus limites; Conclusão; Referências.

Resumo: Uma das questões dogmáticas mais pertinentes e complexas do Direito Penal actual vem a ser a questão da Responsabilidade por Comissão por Omissão dos Administradores e Gestores Empresariais. Tema complexo que levanta uma série de problemas, entre os quais, averiguar até que ponto os velhos critérios de imputação da responsabilidade penal estão ou não aptos a responder à chamada “criminalidade de empresa”, não tem constituído objecto frequente de reflexão da Doutrina. No presente artigo, será tratado o problema da responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais, tendo para o efeito que se descortinar a existência de um dever de garante por parte desses mesmos administradores e gestores empresariais. Este, por sua vez, funda-se num dever jurídico de actuar no sentido de se evitar a lesão de um qualquer bem jurídico legalmente protegido e a sua não observância consubstancia a responsabilidade penal por comissão por omissão. Aspecto fundamental e que constitui ponto de discórdia entre os autores tem que ver com as fontes e o fundamento desse dever de garante. O problema do seu conteúdo e, bem assim, dos seus limites, será igualmente apreciado.

Palavras-chave: responsabilidade; administrador; gestor; responsabilidade por comissão por omissão; dever de garante.

Abstract: In this article the author makes an analysis of one of the most complex and demanding questions of the modern Criminal Law, which is the question of responsibility by omission of the Chief Executive Officer and other Corporate Managers. Is a complex issue that raises a number of problems, among them, the question of know how far the old criteria of

¹ Jurista. Graduado em Direito pela Universidade Católica Portuguesa e Pós-Graduado em Direito Penal Económico, também pela mesma Universidade (2006/2007). Aprovado no Curso de Mestrado e de Doutoramento em Direito Penal é atualmente Doutorando em Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa. Autor de vários artigos publicados em revistas da especialidade, portuguesas e estrangeiras. e-mail para correspondência: <pedro.correia.goncalves@gmail.com>.

attribution of criminal responsibility still able to respond to the so-called “corporate crime”. Some problems will be raised concerning the so-called vicarious liability, that is, the legal principle which argues that one person is liable for the actions of another when engaged in some form of collective activity. For that, we need to establish the existence of a legal duty of care of the corporate managers that obliges them to avoid any injury to a legally protected right. What are the source and the ground of that duty of care? These and other questions will be responded to in this article.

Keywords: responsibility; corporate managers; vicarious liability; duty of care.

Introdução

Alfred Montapert, na sua obra “*A Suprema Filosofia do Homem*”, veio explicar que “*oportunidade*” é apenas outra palavra para designar “*responsabilidade*”. Nada de mais verdadeiro quando em causa está a responsabilidade dos administradores e dos gestores empresariais que, pela oportunidade de exercerem cargos de grande importância e elevado prestígio, assumem, também por isso, um amplo conjunto de deveres e de responsabilidades. Tema complexo que levanta uma série de problemas, entre os quais, averiguar até que ponto os velhos critérios de imputação da responsabilidade penal estão ou não aptos a responder à chamada “*criminalidade de empresa*”, não tem constituído objecto frequente de reflexão da doutrina. Por isso, Klaus Tiedemann afirma que quando o problema se centra no âmbito da empresa a discussão dá lugar, frequentemente, ao silêncio².

Os problemas especiais que a responsabilidade penal dos órgãos de administração e de gestão, doravante órgãos de direcção, da empresa levanta só podem ser verdadeiramente compreendidos se tiver em linha de conta, em primeiro lugar, que a criação do Direito Penal, e com ele dos seus critérios de imputação, ocorreu no âmbito de um contexto social diametralmente oposto ao de hoje. De facto, enquanto os sucessos da empresa dependem de uma estrutura organizativa complexa, que se caracteriza por uma ampla divisão do trabalho e assenta no princípio da hierarquia, o Direito Penal clássico formou-se à luz ou sob a ideia de um solitário social, de um fora da lei, de um proscrito e do seu anarquismo,

² Klaus Tiedemann. Citado por LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Fundamento y Limites del Deber de Garantía del Empresario. In: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 209.

individualismo, espontaneidade e desorganização³. Por isso se fala na tal crise do Direito Penal. E fala-se na crise do Direito Penal, porque a dogmática penal criada a partir da concepção do delito que constitui uma abstracção de uma conduta de um sujeito individual, que vulnera um bem individual e que origina uma só vítima, encontra-se com sérias dificuldades para solucionar casos tão complexos como os levantados pela criminalidade de empresa⁴. Em boa verdade, o conceito de acção, conceito fundamental e basilar do Direito Penal, foi definido, consequentemente, de forma totalmente individualista, como “*comportamento corporal voluntário*”⁵. Por outro lado, a teoria final da acção de Hans Welzel que, apesar das críticas que mereceu, marcou de sobremaneira o sistema jurídico-penal actual, veio reforçar e sublinhar esse ponto de vista individualista através da acentuação da vontade de realização final do indivíduo como coluna vertebral da acção⁶. Em consequência

³ Neste sentido vide, entre outros, SCHÜNNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 129.

⁴ Assim, ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín de. **Criminalidad de Empresa: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 15. No mesmo sentido, vide Laura Zúñiga Rodríguez segundo a qual, “la dogmática diseñada a partir de la concepción del delito que constituye una abstracción de una conducta individual y que tiene una sola víctima, se encuentra con serias dificultades para solucionar estos casos de gran complejidad que tienen: tanto de sujetos activos complejos, de sujetos pasivos múltiples y de bienes jurídicos colectivos”. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal. In: ANARTE BORRALLÓ, Enrique; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (Coord.). **Delincuencia Organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos**. Huelva: Universidad de Huelva, 1999. p. 205.

⁵ Por isso, Bento de Faria define “acção” como a “actividade corporal externa, perceptível pelos sentidos, tendente à produção de um resultado”. FARIA, Bento de. **Código Penal Brasileiro** (Comentado). Vol. II (Primeira parte), Parte Geral (Arts. 1 a 41). 3. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1961. p. 110.

⁶ “A acção, que é realização da vontade, é necessariamente finalista e este é um atributo que sempre lhe foi reconhecido. O que o distingue é a extensão e especialidade com que a vontade se apresenta na estrutura da acção, segundo Welzel. Aí não é o simples querer alguma coisa, que basta como conteúdo da vontade no conceito clássico; é a vontade carregada do fim precisamente visado, conscientemente dirigida ao resultado ilícito. A finalidade confunde-se como “dolosidade” (*Vorsatzlichkeit*). O dolo é retirado do domínio da culpabilidade e incluído na estrutura conceitual da acção, o dolo entendido como consciência e vontade do facto, restando para a culpabilidade apenas a consciência da sua ilicitude e a reprovabilidade que resulta para o agente haver agido de maneira contrária ao Direito, quando lhe era possível proceder de conformidade com a ordem jurídica”. Em resumo, “a acção para os finalistas não é aquele passo inicial para a estruturação do conceito do crime, a que se hão de juntar os atributos da tipicidade, antijuricidade e culpabilidade para que adquira relevância jurídica. É desde logo acção que se relaciona com a antijuricidade e a tipicidade e contém em si uma porção da culpabilidade sob a forma de dolo, não consciência do ilícito, mas consciência e vontade do acontecer punível. Não é, portanto, a acção simplesmente, mas desde já a acção jurídico-penalmente relevante, isto é, o próprio facto punível na sua quase inteira configuração conceitual”. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, I*. Parte Geral, Tomo 1.º, Introdução – Norma penal, Fato punível. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959. p. 289-290 e 292. Para maiores desenvolvimentos acerca do “Finalismo” e da teoria final da acção de Hans Welzel vide, entre outros, BRUNO, *op. cit.*, p. 287-293 e PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La Responsabilidad**

disso, o Código Penal português, assim como tantos outros, entre os quais salientamos o Código Penal brasileiro, declaram como autor de um delito, em primeira linha, aquele que comete o acto por ele mesmo, isto é, com as suas próprias mãos⁷.

Em nosso entender, este conceito de responsabilidade que vigora no seio do Direito Penal prescinde, em essência, da realidade dos desenvolvimentos empresariais porque aí, quer a identidade do movimento corporal, quer a influência nos acontecimentos, pressupostos no conceito de acção tanto final como causal, transformam-se no seio da realidade organizada da empresa. Com efeito, não podemos esquecer que a empresa consiste numa estrutura organizada, organização essa baseada, como já referimos, no princípio da divisão do trabalho e no princípio da hierarquia. Ora, atendendo a este tipo de estrutura facilmente se compreende que a conduta puramente executiva – a do sujeito subordinado que por si só ou em conjunto com outros produz o facto ilícito – nem sempre é a mais relevante. Por este motivo, com a punição em exclusivo deste último não se respeitam as finalidades político-criminais que devem ser perseguidas. Mais importante é, geralmente, o papel daqueles que estão situados hierarquicamente acima e que detêm o controlo da pessoa colectiva. E aqui reside precisamente o chamado “*fenómeno de excisão*” que tem lugar na estrutura hierarquicamente organizada da empresa, entre os sujeitos que executam materialmente o facto ilícito e os sujeitos efectivamente responsáveis pela decisão criminal, “que são quem traçou o plano executivo”⁸. Por isso, Schünemann afirma que

como consecuencia del principio de descentralización, característico en la organización de la empresa moderna, y de la transformación de la función de poder y de decisión de las altas instancias, por él condicionada, la “organización de la responsabilidad” – por decirlo con una expresión tópica – amenaza con convertirse en la “organizada irresponsabilidad”, lo que desde un punto de vista jurídico-penal se expresa a través de un cambio de la imputación del hecho hacia abajo, si no hacia los miembros de la organización que están más abajo, ya que sólo ellos llevan a

de los Administradores de Sociedades: criterios de atribución. Barcelona: Cedecs Editorial, S.L., 1997. p. 68-71.

⁷ Com efeito, o Código Penal português estabelece no art. 26.º que “é punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

⁸ Neste sentido vide, entre outros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico.** Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 197.

cabo por sí mismos la actuación tipificada en el supuesto de hecho penal o administrativo⁹.

Como resolver esta questão? Como punir o “*homem de trás*”? Naquilo que nos importa, como puni-lo pelas suas omissões? Uma certeza já a temos: a de que, como afirma Elena Ceballos, as figuras clássicas da autoria e da participação como formas de fundamentar a responsabilidade criminal “*saltan en pedazos*”¹⁰ quando se tenta aplicá-las às estruturas hierarquicamente organizadas.

A resposta às questões levantadas implica, em primeiro lugar, a necessidade de se resolver o problema que se prende com a questão de saber quais os critérios de imputação que devem ser utilizados, critérios esses que, em nossa opinião, devem respeitar integralmente o princípio da culpabilidade e rejeitar terminantemente qualquer forma de responsabilidade objectiva pois não se pode aceitar que alguém seja considerado como responsável por um delito apenas porque desempenha uma determinada função ou ocupa um lugar cimeiro dentro da hierarquia empresarial. Diga-se, no entanto, que a opinião sufragada pela maioria da doutrina francesa vai precisamente no sentido do reconhecimento de uma responsabilidade objectiva por parte do “*chef d’entreprise*” (administrador da empresa)¹¹. Neste sentido se pronunciam Alain Coeuret e Elisabeth Fortis, segundo os quais, “o administrador da empresa é titular de uma obrigação legal de vigilância sobre o seu pessoal. O não respeito da regulamentação por parte de um dos seus subordinados não é mais do que a revelação da sua própria carência e justificará a sua condenação penal”¹². Por outro lado, utilizando um argumento baseado no precedente, entende a maioria dos autores franceses que “o administrador da empresa deverá ser considerado como autor moral da infracção”¹³.

1 A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais

1.1 A estrutura empresarial e a figura da “autoria mediata”

⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, Tomo XLI, Fascículo II, 1988, p. 533.

¹⁰ ESPINOSA CEBALLOS, *op. cit.*, p. 18.

¹¹ Neste sentido, COEURET, Alain e FORTIS, Elisabeth. **Droit Pénal du Travail**. Paris: Litec, 1998. p. 119.

¹² COEURET e FORTIS, *op. cit.*, p. 131.

¹³ Vide, entre outros, COEURET e FORTIS, *op. cit.*, p. 131.

Em 1913, Woodrow Wilson, vigésimo oitavo Presidente dos Estados Unidos da América, afirmou que “durante algum tempo as empresas desempenharam um pequeno papel no âmbito da Economia, mas hoje desempenham o papel principal e a grande maioria dos homens trabalha nessas empresas”¹⁴. Se esta afirmação já fazia todo o sentido na primeira década do século XX, podemos dizer hoje que mantém ainda toda a sua actualidade. De facto, a empresa “passou a ser roupa em na veste da qual o homem age e participa de forma quase exasperada na sociedade civil”¹⁵. Por isso, os chamados “*white collar crimen*” (crimes de colarinho branco) e a criminalidade de empresa constituem hoje um dos temas mais actuais e complexos do Direito Penal, não só devido ao crescente número de delitos cometidos a partir das Empresas, mas também às complexas questões doutrinárias e probatórias¹⁶ que este tipo de criminalidade levanta. E esses problemas devem-se, em grande medida, à organização interna das empresas que, como bem se sabe, é cada vez mais intrincada. Esta realidade vem então interpelar o Direito Penal, questionando-o se, no âmbito da criminalidade de empresa, onde se vive uma determinada cultura com valores próprios¹⁷, onde os trabalhadores dispõem de uma escassa resistência face à insuficiente informação que possuem e, por vezes, um total desconhecimento do alcance das suas condutas o que os leva em certas ocasiões a actuar, como afirma Schünemann, “*de um modo altruísta e no interesse da casa*”¹⁸, continua a fazer sentido punir única e exclusivamente a conduta puramente executiva, ou seja, quem executa o facto ilícito por si mesmo. Daí que se venha defender, e cada vez mais com maior acuidade, a necessidade de se punir também os órgãos de direcção da empresa que, em virtude da sua situação privilegiada em termos hierárquicos, possuem a totalidade da informação e os meios suficientes e necessários para pôr em marcha, se assim o desejarem, o *iter criminis*. E o que dizer daqueles casos em que os trabalhadores cometem um determinado facto ilícito porque os órgãos de direcção olvidam, por completo, os seus deveres de vigilância e de boa gestão? Reside aqui o problema de saber até que ponto se pode responsabilizar os administradores e gestores empresariais pelos factos ilícitos cometidos pelos seus subordinados já

¹⁴ WILSON, Woodrow. **The New Freedom: A Call for the Emancipation of the Generous Energies of a People** (1913), s/p..

¹⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de. A Posição de Garante dos Dirigentes no âmbito da Criminalidade de Empresa. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ano 9.º, Fasc. 4.º, Outubro – Dezembro de 1999, p. 610.

¹⁶ A propósito das dificuldades que a criminalidade de empresa levanta ao nível da questão da prova, veja-se, entre outros, ESPINOSA CEBALLOS, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷ A este respeito, alguns autores falam na chamada “*atitude criminógena de grupo*”. A este propósito, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas. In: **Empresa y Delito en el nuevo Código Penal**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 32-33.

¹⁸ SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 1988, p. 533.

que aqueles não executam qualquer acto material. E a questão da organização interna da empresa tem um papel relevante nesta discussão, na medida em que, para se alcançar a responsabilização do superior hierárquico, se começa do escalão inferior da pirâmide hierárquica empresarial até se chegar ao seu topo, onde se pode encontrar o verdadeiro responsável pelo facto ilícito cometido (*imputación hacia arriba*). Como se caracteriza então a empresa do ponto de vista interno? De forma lapidar, afirme-se que a actual estrutura organizativa empresarial¹⁹ funda-se, aliás como já tivemos oportunidade de referir, no princípio da hierarquia, que implica uma maior descentralização das decisões, e no princípio da divisão do trabalho, que impõe uma cada vez maior especialização laboral, o que faz com que o produto final surja como a súpula de várias condutas individuais. Por isso, como bem sublinha Luis Gracia Martín,

el hecho punible aparece como resultado de la suma de una pluralidad de actos parciales que ejecutan individualmente diversos miembros de la empresa, desde muy diversas posiciones jerárquicas y, por ello, en el ejercicio de una competencia sólo fragmentaria. Cada acto parcial, por otro lado, puede no ser expresión del ejercicio autónomo y autorresponsable de una competencia, sino representar únicamente el cumplimiento ciego y mecánico de una instrucción emanada de otros órganos superiores de la jerarquía de la empresa²⁰.

A este propósito, importa referir ainda que, de acordo com Schünemann, o poder de direcção empresarial assenta em quatro pilares, “que podem ser realizados de forma fortemente diferenciada segundo a estrutura concreta da organização”²¹. São eles:

- 1 – A estrutura hierárquica;
- 2 – A divisão do trabalho;
- 3 – O sistema de condutas;

¹⁹ De forma interessante, Schünemann compara a estrutura empresarial com a imagem do organismo natural que serve de base ao conceito jurídico-penal de acção. De acordo com o autor, “si queremos ilustrar el suceso empresarial con la imagen del organismo natural (...) deberíamos entender los órganos de dirección como los miembros o extremidades y la dirección de la empresa como el centro nervioso, para así aclarar que el verdadero poder de decisión y con ello la verdadera influencia en el suceso radica en la instancia de dirección, que dirige a los órganos de ejecución exactamente igual que en el organismo natural el sistema central nervioso a los miembros o extremidades”. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2002, p. 131.

²⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español. In: **Hacia un Derecho Penal Económico Europeo**: Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 84.

²¹ SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2002, p.131.

4 – O poder de decisão sobre os meios de produção objectivos.

De tudo quanto se disse, pode concluir-se que, no quotidiano empresarial, há uma larga separação entre quem toma as decisões e entre quem executa materialmente o facto ilícito, seja este fruto de incitamento dissimulado ou meramente facilitado por omissão. Naquilo que nos importa, como imputar a responsabilidade?

Alguns autores vieram defender que a figura da “*autoria mediata*” poderia ser utilizada para imputar a responsabilidade penal ao administrador ou gestor empresarial, em suma, ao superior hierárquico, afirmando que o trabalhador, seu subordinado e que havia cometido materialmente o facto ilícito, surgia como um mero “*instrumento*” do órgão de administração, ou seja, do seu superior hierárquico. Esta concepção doutrinal, foi beber à chamada teoria do “*autor por detrás do autor*” que Claus Roxin construíra com base nos casos “Eichmann” e “Straschynski” da 2.^a Guerra Mundial e que defendia, em termos elementares, a autoria mediata de um crime de quem, no âmbito de um aparelho organizado de poder, detinha o domínio da vontade²². Não olvidamos que, aparentemente, esta teoria surge como adaptável ao fenómeno da criminalidade de empresa²³, na medida em que ao trabalhador não lhe faltaria, na maioria dos casos, nem a liberdade, nem a responsabilidade enquanto autor imediato do facto ilícito e, portanto, responderia nessa qualidade²⁴. Não obstante,

estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y

²² Para maiores desenvolvimentos acerca da teoria construída por Roxin e, bem assim, da posição da doutrina relativamente à mesma vide, entre outros, ESPINOSA CEBALLOS, *op. cit.*, p. 60-64 e 68-96.

²³ Assim, MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. In: **Revista Derecho**, Lima, n.º 52, 1998/1999, p. 890. Diga-se, todavia, que o próprio Roxin entendia que não era possível trasladar a sua teoria sobre os aparelhos organizados de poder para a realidade da empresa. Sobre esta sua posição, vide ESPINOSA CEBALLOS, *op. cit.*, p. 83-85.

²⁴ Como afirma Claus Roxin, “una organización así despliega vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona “automáticamente”, sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va ha cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global”. ROXIN, Claus. **Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1994, p. 270.

sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto a él, al centro del acontecer²⁵.

Em nosso entender, a utilização da figura da autoria mediata no âmbito da criminalidade empresarial levanta sérias questões que a tornam um mecanismo desadequado para se alcançar a imputação da responsabilidade no administrador e gestor empresarial. Em primeiro lugar, como afirma Jescheck, não podemos aceitar, de forma generalizada, a figura da autoria mediata no âmbito da criminalidade de empresa na medida em que a mesma só faria sentido nas situações em que o autor material do facto ilícito não pudesse ser considerado como autor plenamente responsável pelo delito, na medida em que o sendo, o “autor de la mesa de escritorio” sería coautor al dominar la organización, siendo que el carácter común de la decisión respecto a la realización del hecho viene dado por la pertenencia a la organización”²⁶. Em sentido idêntico, manifesta-se Gimbernat Ordeig ao considerar como cúmplices “a todos los sujetos intermedios que se encuentran entre quien desde arriba da la orden y el ejecutor”²⁷. Por outro lado, tenha-se em conta os casos em que não resulta pacífico falar de autoria mediata,

como aquellos en que el dominio organizativo no sea tan intenso, o los casos de quienes en su calidad de eslabones intermedios en la cadena jerárquica sólo transmiten instrucciones desde la esfera superior a la inferior, o aquellos otros casos en que el superior favorezca, a título de dolo eventual o negligencia, el hecho del subordinado; sin contar los supuestos de delitos de medios determinados o de mera actividad, en donde resulta conflictivo afirmar la autoría mediata²⁸.

Se assim é, como resolver a questão, isto é, como imputar a responsabilidade aos administradores e gestores empresariais? Com este objectivo tem-se defendido, e em nosso entender bem, que a estrutura da comissão por omissão pode revelar-se como um meio apto para superar os problemas encontrados nas outras teorias e, bem assim, a dificuldade que oferece a já referida excisão entre acção e responsabilidade no âmbito da criminalidade das pessoas colectivas. Não obstante, surge a questão problemática de se saber quando é que a

²⁵ ROXIN, *op. cit.*, p. 271.

²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 4. ed., corrigida e ampliada. Granada: Comares, 1993. p. 611.

²⁷ Gimbernat Ordeig citado in MEINI MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 890.

²⁸ MEINI MÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 890-891.

omissão de impedir um resultado é equivalente à acção de produzi-lo. Para tanto, torna-se necessário aferir da posição de garante dos administradores e gestores empresariais, assim como a configuração de um dever de vigilância por parte destes. Porque autor só poderá ser o titular de um dever de garante, a determinação deste último é indispensável para o próprio fundamento e limite da imputação. A este propósito, chame-se à colação o Código Penal português que dispõe, no n.º 2 do art. 10.º, que “a comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado”. Mas quando e em que condições surge esse dever jurídico? Surgirá da *Lei*, de um *Contrato*, de uma situação criada pelo próprio omitente (*Ingerência*)? Quais as fontes e o fundamento do dever de garante? Por que é que se exige um determinado comportamento a um determinado sujeito e não a outros? Por que é que se imputa o resultado àquele e não a estes? Para concretizar quem são essas pessoas que estão obrigadas a actuar, Nagler formulou então a teoria da posição de garante ou do dever de garante segundo a qual o Direito exige em cada caso a uma pessoa determinada que garanta que o resultado danoso se não produza.

Mas, como já afirmámos, este dever de garante nasce de onde? Responderemos a esta questão no ponto que se segue.

1.2 O dever de garante dos administradores e gestores empresariais: as suas fontes e o seu fundamento

Como dissemos, foi Nagler quem formulou a teoria da posição de garante ou do dever de garante, nos termos da qual o Direito exige em cada caso a uma pessoa determinada que garanta que o resultado danoso se não produza. No entanto, e em abono da verdade, diga-se que a expressão “*garante*”, referida ao omitente responsável pelo facto ilícito, porque pessoa responsável perante a comunidade pela indemnidade do bem jurídico legalmente protegido, foi cunhada por Karl Binding²⁹. A Johannes Nagler deve-se a sua definitiva introdução no vocabulário jurídico-penal e a criação e estruturação da teoria da posição de garante³⁰. Mas o que deve entender-se por “*posição de garante*”? De acordo com Gimbernat Ordeig, a posição de garante é “la posición que destaca a una persona (o personas) de entre todas las demás, que le hace responsable del bien jurídico penalmente protegido, y, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye ésta

²⁹ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*. Tomo II. Leipzig: Engelmann/Meiner, 1926. p. 553.

³⁰ NAGLER, Johannes. *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung. Der Gerichtssaal*. Vol. 111. Berlin: [s.n.], 1938. p. 59.

igual que si la hubiera causado mediante una acción”³¹. Mas mais importante do que definir o que é a posição de garante, vem a ser esclarecer qual a sua origem, isto é, determinar as suas fontes. A este respeito, a doutrina especializada divide-se.

Com efeito, a doutrina tradicional, defendida entre outros por Jürgen Baumann, Reinhart Maurach e Hans Welzel, assenta na teoria formal do dever jurídico que atende às fontes formais, defendendo que a posição de garante apenas pode proceder de uma disposição legal (Lei), de uma prévia aceitação, expressa ou tácita, pelo sujeito (Contrato)³² ou de uma conduta anterior geradora de uma situação de perigo, isto é, a controvertida questão da ingerência³³. De acordo com esta última fonte tradicional do dever de garante, “el que mediante un hacer precedente (ingerente) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente”³⁴.

Mais modernamente, e na esteira de Schünemann, tem-se entendido que o especial dever de garante do empresário deve assentar ou nascer do domínio que este possui sobre a organização. Veremos mais adiante o alcance das várias teorias propostas.

Pergunta-se agora: será de adotar a doutrina tradicional segundo a qual a posição de garante apenas procederá da lei, de um contrato ou de uma situação de ingerência? Em nosso entender, e salvo o devido respeito, não. Trata-se de uma doutrina fortemente restritiva e por isso, como afirma Figueiredo Dias, “uma coisa parece certa: a lei, o contrato, a ingerência, não devem constituir fontes do dever de garantia, mas só planos em que aquele se deve reflectir”³⁵. Devemos então colocar de parte, mas não ignorar de todo, as fontes formais do dever de garante. Como justificá-lo então? A que fontes se deverá recorrer?

³¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, Tomo L, 2000, p. 12.

³² “La aceptación contractual de un deber de actuar determina también, (...) el surgimiento de una posición de garante, por la estrecha vinculación entre el sujeto y el bien jurídico que supone las relaciones contractuales, cuyo contenido esencial atribuye a una de las partes una relación de confianza, con deberes de protección, custodia o vigilancia”. PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*, p. 125.

³³ A origem histórica da ingerência “se debe a que era necesario cubrir las lagunas creadas en ciertos casos de omisión, que eran merecedoras de la misma pena, pero no era posible derivar de la ley y contrato una posición de garante capaz de fundamentar la responsabilidad penal por no haber evitado el resultado”. PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*, p. 127.

³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, p. 19-20.

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa. In: **Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 55.

Sem pôr totalmente de parte as fontes formais do dever de garante, alguns autores têm defendido que a posição de garante dos administradores e gestores empresariais surge de um *dever jurídico extrapenal*. Esta tese é defendida, entre outros, por Klaus Tiedemann que considera que a responsabilidade por omissão do empresário dependerá da existência de um dever de atuar no Direito Comercial e, portanto, de um dever jurídico extrapenal³⁶. No caso do Direito português, tal dever estaria consagrado no Direito Societário³⁷. Desta forma, se a lei estabelecer que o administrador e o gestor têm o dever de gestão, de lealdade, de não concorrência ou de proteger o património da empresa que administram, daí pode extrair-se que surge para os mesmos um dever de atuar no sentido de impedirem que qualquer prejuízo possa afetar ou atingir a empresa. No caso concreto dos membros da direcção, e segundo Tiedemann, cada um tem o dever de evitar qualquer dano que a empresa possa produzir³⁸. E assim sendo, estarão obrigados a impedir que se verifiquem lesões de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal. Tiedemann funda a sua tese no art. 130 OwiG (abreviatura de “*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*”), que determina que os deveres de vigilância e de organização são da incumbência dos administradores da empresa que, em virtude dessa imposição, estão, portanto obrigados a impedir qualquer lesão de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Também para Vogel, a existência de um dever jurídico extrapenal fundamenta a posição de garante do administrador ou do gestor empresarial³⁹. Esta tese é defendida em Espanha por alguns autores, entre os quais se destacam Terradillos Bacosco, Valle Muniz e Sánchez Álvarez segundo o qual, quando “el consejero tiene conocimiento de la comisión de un delito debe proceder con la necesaria diligencia para impedirlo, activando además, si fuese necesario, los mecanismos estatutarios y autoorganizativos de control y responsabilidad. En caso de no hacerlo así y teniendo en cuenta que, por el cargo

³⁶ TIEDEMANN, Klaus. **Sonderausgabe aus Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz**. 8. ed.. Köln: O. Schmidt, 1995: § 82, nota 23.

³⁷ De facto, se atentarmos no Código das Sociedades Comerciais português (CSC), verificamos que se estabelece, no art. 407.º, n.º 8, um especial dever de garante por parte do Conselho de Administração em relação à actuação dos Administradores-Delegados ou da Comissão Executiva. Com efeito, depois de dispor no n.º 3, do art. 407.º que “o contrato de sociedade pode autorizar o conselho de administração a delegar num ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade”, o CSC vem determinar, no já citado n.º 8 do mesmo art. que, “a delegação prevista nos n.º (s) 3 e 4 não exclui a competência do conselho para tomar resoluções sobre os mesmos assuntos; os outros administradores são responsáveis, nos termos da lei, pela vigilância geral da actuação do administrador ou administradores-delegados ou da comissão executiva e, bem assim, pelos prejuízos causados por actos ou omissões destes, quando, tendo conhecimento de tais actos ou omissões ou do propósito de os praticar, não provoquem a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas”.

³⁸ TIEDEMANN, *op. cit.*, 1995, § 82, nota 23.

³⁹ ESPINOSA CEBALLOS, *ob. cit.*, p. 186-187.

que desempeña, en el que debe fidelidad a la sociedad y a los socios, no debiera descartarse la figura de la comisión por omisión”⁴⁰.

Como afirma Lascuraín Sánchez, “la insuficiencia de esta tesis es hoy unánimemente reconocida”⁴¹, não só devido ao seu excessivo formalismo, como também à sua demasiada amplitude e, não raras vezes, insuficiência⁴². Por outro lado, cremos que este transvase de deveres societários para o Direito Penal pode ser excessivo, na medida em que aquela obrigação de impedir que qualquer prejuízo afecte ou atinja a empresa tem como escopo, no âmbito do Direito Comercial ou Societário, a defesa do tráfico e não de outro bem jurídico legalmente protegido pelo Direito Penal. E como já afirmámos, é no âmbito do Direito Penal e à luz dos seus princípios e das suas normas que deverá ser descoberta a resposta para a questão da responsabilidade, por comissão por omissão, dos órgãos de direcção. O próprio Tiedemann, que defende a extrapolação do dever jurídico extrapenal, a qual origina a excessiva amplitude da teoria proposta, pondera ou admite, também por isso, a possibilidade de estabelecer-se uma série de limitações à posição de garante, a saber:

1 – “Cuando el daño no se comete contra la empresa o los socios, sino contra un tercero;

2 – Tampoco está claro que pueda afirmarse sobre todos los asuntos internos empresariales y posibles actuaciones que puedan producir daños excepcionales a la empresa;

3 – Aunque es posible fundamentar una posición de garante de los miembros del Consejo de administración, si existe una dirección colegiada de la empresa esta obligación de protección a la empresa de cualquier daño decae cuando existe una división horizontal de las funciones”⁴³.

Saindo da esfera das tradicionais fontes formais do dever de garante, a moderna doutrina tem vindo defender que a posição de garante surge do domínio que o administrador e o gestor têm da organização empresarial. Vêm assim afirmar que a posição de garante dos administradores e gestores empresariais funda-se na circunstância destes exercerem o poder de direcção empresarial, isto é, no seu domínio sobre a organização. Esta tese baseia-se nos poderes de direcção, mando

⁴⁰ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María. Los delitos societarios. In: **Revista de Derecho de Sociedades**, Pamplona, n.º 6, p. 69.

⁴¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Los Delitos de Omisión**: Fundamento de los Deberes de Garantía. Madrid: Civitas, 2002. p. 26.

⁴² Neste sentido, SILVA, Germano Marques da. **A Responsabilidade Penal dos Administradores e Representantes das Sociedades**. Lisboa: Gabinete de Estudos de Formação Avançada e Pós-Graduações da Universidade Católica Portuguesa, 2006. p. 87.

⁴³ Sistematização colhida in PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*, p. 166.

ou decisão do superior hierárquico e na obrigação que existe para a cúpula da empresa organizada hierarquicamente de evitar ou obviar factos lesivos. Esta proposta conjuga, de fato, o conceito de domínio com o de ingerência⁴⁴, pois o poder de domínio ou o âmbito de competência assumido pelo administrador obriga-o a actuar de forma a evitar fontes de perigo que a empresa ou os seus subordinados possam originar⁴⁵, pois parte-se da premissa de que a empresa é uma possível fonte de perigo para terceiros^{46 47}. Daí que, os administradores ou gestores empresariais tenham uma específica posição de garante porque assumem o poder de direcção empresarial⁴⁸. Dentro das teorias que têm sido formuladas em torno da ideia de domínio, hoje praticamente inabarcáveis devido ao seu elevado número⁴⁹,

⁴⁴ De acordo com Lascuraín Sánchez, o traço distintivo entre “domínio da organização” e “ingerência” “podría residir en que la ingerencia supone un desencadenamiento directo del curso de peligro por parte del titular del ámbito, dato a tener en cuenta de cara a la consideración del dominio del proceso y de la previsibilidad del resultado”. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, 1995, p. 213.

⁴⁵ Neste sentido, vide ESPINOSA CEBALLOS, *op. cit.*, p. 188-189.

⁴⁶ “Para lo que nos interesa, la actividad empresarial puede ser analizada desde un plano dual, en donde una cara de la moneda está constituida por los beneficios (ahorro de tiempo, disminución de costos) y confort que representan estos avances para la humanidad. Y la otra cara la constituyen los riesgos implícitos de estos avances técnicos, referidos a daños no conmensurables que afectan a todos los miembros de la colectividad por igual”. MEINI MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 898. Neste sentido, e a propósito da chamada “sociedade de risco” em que actualmente vivemos, vide Silva Sánchez segundo o qual, “en efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, de un lado, por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural. En otras palabras, el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provengan precisamente de decisiones que otros conciudadanos en el manejo de los avances técnicos: riesgos para el medio ambiente o para los consumidores o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética, a energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal.** Aspectos de política-criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1998. p. 21-22.

⁴⁷ A visão segundo a qual a actividade empresarial em geral consubstancia uma actividade de risco não é pacífica no seio da Doutrina. Os autores que a põem em causa entendem, também por isso, que o dever de garante dos administradores e gestores empresariais apenas surgiria quando a empresa em causa se dedicasse ao fabrico de artigos ou de produtos perigosos (*verba gratia*, produção de armamento, pesticidas, entre outros).

⁴⁸ Neste sentido vide, entre outros, TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: PPU, 1993. p. 166.

⁴⁹ Saliente-se, a título de mero exemplo, as teorias propostas por:

1 – Wolfgang Frisch – este autor também considera que o administrador ou gestor empresarial tem o dever de actuar na medida em que é o responsável pelo domínio da organização. Assim sendo, está “obligado a evitar el peligro de ella derivado siempre que, de haber intentado ejercer su libertad de actuación a través de acciones positivas, ello le hubiera estado prohibido, a causa de la peligrosidad de tales acciones, o cuando dicho ejercicio le hubiera sido autorizado únicamente bajo la condición de haber reducido previamente el riesgo gracias a medidas laterales de cuidado”. Para maiores

saliente-se, pela sua importância e interesse, a teoria proposta por Schünemann, por um lado e, por outro, a opinião do incontornável Günther Jackobs.

Começando por Bernd Schünemann, este fundamenta a responsabilidade dos administradores e gestores empresariais no domínio sobre a causa do resultado⁵⁰. Este domínio pode ser, de acordo com Schünemann, de dois tipos distintos. O primeiro tipo é o chamado “*domínio sobre as causas essenciais do resultado*” e o segundo é o denominado “*domínio sobre o desamparo da vítima*”. Em sua opinião, através da teoria do domínio consegue-se uma restrição significativa das situações de garante que adviriam da ingerência, que ficariam assim resumidas às situações em que existiria um verdadeiro domínio por parte dos órgãos de direcção⁵¹. Em termos concretos, diga-se que o aludido domínio pode dimanar de um domínio fáctico sobre os elementos e procedimentos perigosos do estabelecimento empresarial (*domínio material*)⁵², ou pode derivar de um domínio

desenvolvimentos, vide FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (coord.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: José María Bosch, 1996. p. 114.

2 – Jürgen Welp – entende este autor que o fundamento da responsabilidade reside na confiança, que se defrauda mediante uma iniciativa final (posição do autor), de um bem jurídico atreito a incidências externas em virtude dessa confiança (posição da vítima). No caso do empresário, a imputação do resultado lesivo adviria de um prévio comportamento antijurídico. Se o comportamento inicial fosse lícito, a posição de garante só poderia nascer de um dever de natureza complementar que impusesse a salvaguarda do bem jurídico colocado em situação de risco. Para maiores desenvolvimentos, vide WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán, Parte General*. 12. ed., 3. ed. Castellana. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 297, JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1995. p. 970 e ESPINOSA CEBALLOS, *op. cit.*, p. 192.

3 – Claus Peter Schmidt – este autor, à semelhança de Schünemann, também considera que a posição de garante do órgão de direcção surge do domínio sobre as fontes de perigo de uma empresa. Assim, “el directivo tiene el deber de protección frente a terceros de los riesgos específicos de su empresa porque ostenta el poder de dirección y de actuación y esto constituye una potestad específica y reconocida por el ordenamiento jurídico”. ESPINOSA CEBALLOS, *op. cit.*, p. 192.

4 – Joerg Brammssen – segundo este autor, os deveres de garante fundam-se nas “especiales expectativas de comportamiento perceptibles desde fuera en tanto que cesión de un especial ámbito de influencia social”. O decisivo “es que el omitente no haya cumplido la expectativa de acción dirigida a su especial ámbito de influencia social y que a la vez tiene en cuenta su posición social, aun sabiendo que otras personas, en su comportamiento, se orientan por su hacer tendente a evitar el resultado, esperado como algo seguro, y lo han tenido en cuenta como factor determinante en su vida cotidiana”. Desta forma, “no cabe deducir posiciones de garante, sino que nada más se las describe y ello sólo imperfectamente; la responsabilidad por ingerencia tiene que definirse, a falta de “posición social” del que se injiere, como responsabilidad por comisión”. JAKOBS, *op. cit.*, p. 971.

⁵⁰ SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 1988, p. 536.

⁵¹ Schünemann citado in MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, *op. cit.*, p. 204.

⁵² De acordo com Schünemann, “la posición de garante que surge del señorío sobre las cosas y los procedimientos materiales peligrosos recae siempre en primer lugar sobre el titulas de la custodia

ou poder de mando, legalmente atribuído, sobre os comportamentos das instâncias subordinadas sob o ponto de vista hierárquico (*domínio pessoal*)⁵³, sendo que, em ambos os casos, o administrador ou gestor empresarial está obrigado a evitar resultados lesivos que possam ser criados a partir da empresa. Este é, em suma, o fundamento da sua posição de garante. Saliente-se, todavia, que o domínio em termos materiais não assenta, tão só, no poder legal de mando, que se efectiva através do exercício do poder de direcção do administrador ou gestor, mas também no maior grau de informação que estes possuem. Em conclusão, para Schünemann, a responsabilidade do administrador, enquanto garante da empresa, advém do seu domínio fáctico sobre os elementos e procedimentos perigosos do estabelecimento empresarial e do seu domínio ou poder de mando legalmente atribuído sobre os comportamentos das instâncias subordinadas sob o ponto de vista hierárquico, sendo que ambos os domínios obrigam o administrador a evitar resultados lesivos criados a partir da empresa⁵⁴.

Também Günther Jackobs fundamenta a posição de garante na responsabilidade sobre um domínio, afirmando que o especial dever de actuar do administrador ou gestor empresarial surge da responsabilidade pela configuração de um âmbito de organização⁵⁵. Por isso, para este autor, os deveres de garante devem denominar-se “*deveres em virtude de responsabilidade pela organização*”⁵⁶. Segundo Jackobs, a fonte jurídica formal deve ter um carácter secundário porque a lei não cria *ex nihilo* a posição de garante, mas no máximo pode aclarar os limites da responsabilidade pela organização⁵⁷. No caso concreto dos empresários ou administradores, o dever de actuar pela configuração do seu âmbito de organização surge dos deveres de relação, isto é, dos deveres de garantia de uma fonte de perigo derivada do objecto ou das actividades empresariais. Como afirma Jackobs, “los deberes de relación, al igual que los de ingerencia, se refieren en principio (pero no siempre) al aseguramiento de una fuente de peligros, es decir, el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos”⁵⁸, sendo certo que, “en el ámbito de los deberes de

(*Gewahrsamsinhaber*), con lo cual, especialmente en una empresa, en no pocos casos de dominio material escalonado, cada cotitular de la custodia será responsable según su parte de dominio. Este dominio supone (...) un ámbito espacial de influencia acotado para el garante, en el que se encuentra el objeto peligroso; con la salida de este ámbito de influencia se extingue el dominio material y permanece todavía en todo caso un dominio personal con base en el derecho de dirección remanente”. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 1988, p. 537.

⁵³ SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 1988, p. 537.

⁵⁴ ESPINOSA CEBALLOS, *op. cit.*, p. 191.

⁵⁵ JAKOBS, *op. cit.*, p. 971.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ JAKOBS, *op. cit.*, p. 973.

aseguramiento, la ingerencia es absorbida por los deberes de relación”⁵⁹. Com efeito, “el comportamiento precedente es un acto de organización que da lugar a un peligro que obliga al aseguramiento al titular del ámbito de organización que se ha convertido en peligroso”⁶⁰. Por outro lado, “la vinculación de un ámbito de organización con el comportamiento ajeno mediante la repercusión de este comportamiento sobre el ámbito de organización propio es trascendente sobre todo para el titular de actividades”⁶¹. Desta forma, segundo Jackobs,

el titular de una actividad no tiene derecho de configuración sobre el comportamiento de sus colaboradores, sino que cada colaborador, en la medida en que asume las consecuencias jurídico-laborales, puede ajustar su actividad a favor del titular. La responsabilidad del titular por el comportamiento delictivo, o peligroso de otra forma, del colaborador, dada esta situación, y según las reglas mencionadas, puede llevarse a cabo a través de colusión y a través de cosas peligrosas de la empresa o actividad⁶².

Por fim, afirma este autor que o titular da actividade, “si bien no responde por el propio comportamiento de los otros, sí lo hace en cambio por la configuración, determinada por ese comportamiento, de su ámbito de organización”⁶³.

Parafraseando Germano Marques da Silva, nosso distinto Professor, entendemos que a teoria proposta por Jackobs é mais sólida que as precedentes “e desde logo porque não se contenta com a pura descrição e classificação dos deveres de garante, mas atende também ao fundamento normativo desses deveres que, em síntese, se reconduz ao exercício da liberdade pessoal, ideia de responsabilidade como sinalagma da liberdade”⁶⁴.

Tendo em linha de conta tudo quanto acima se deixou dito, que conclusão tirar a respeito da existência, ou não, de um dever de garante por parte dos administradores e gestores empresariais e das suas fontes e do seu fundamento?

Em nosso entender, o administrador ou o gestor empresarial assume um compromisso material de actuar ou agir como barreira de contenção de determinados riscos. Consideramos que o facto de assumir competências de gestão

⁵⁹ *Idem*, p. 974.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ JAKOBS, *op. cit.*, p. 977.

⁶² *Idem*, p. 977-978.

⁶³ JAKOBS, *op. cit.*, p. 978.

⁶⁴ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 89. Esta tese é igualmente defendida em Espanha por alguns autores, entre os quais salientamos Jesús-María Silva Sánchez e Paz Batista González. Vide, por todos, ESPINOSA CEBALLOS, *op. cit.*, p. 194-196.

e de direcção de uma empresa, exercendo-as formalmente, o coloca numa posição especial que o obrigará a actuar de forma a evitar resultados lesivos dentro da sua esfera de competências. Significa isto que o administrador ou gestor empresarial assume um dever de garante em virtude da sua responsabilidade pela configuração do âmbito da organização⁶⁵. Mais concretamente, diga-se que a responsabilidade pela configuração do âmbito de organização surge dos deveres de relação, isto é, dos deveres de controlar uma fonte de perigo derivada dos objectos ou da actividade empresarial. Em suma, o acto de aceitar e de exercer o cargo de administrador ou gestor implica a assunção de um compromisso pessoal que obriga a evitar resultados lesivos advenientes da actividade da empresa. Se os não evitar, o administrador ou o gestor empresarial será responsabilizado, por comissão por omissão, por violação do seu dever de garante.

Não obstante, em nossa opinião, é preciso acrescentar que a ideia de domínio que subjaz à teoria que subscrevemos, e que se reputa como fundamental para a imputação da responsabilidade, ainda não é suficiente para alicerçar, de forma absoluta, o fundamento e os limites da responsabilidade omissiva dos órgãos de direcção⁶⁶. E porque assim é, alguns autores têm vindo defender, e em nosso entender bem, um segundo critério a juntar ao critério geral de “domínio”. Desta forma, para se responsabilizar, por comissão por omissão, o administrador ou gestor empresarial que não observou o seu dever de garante é preciso que, para além da sua responsabilidade em virtude do domínio que possui sobre a organização, que o autoriza a configurar o seu âmbito, exista uma conexão estreita entre o facto ilícito cometido e o “exercício das faculdades individuais de auto-organização”⁶⁷. Este último critério,

⁶⁵ Em sentido contrário vide, entre outros, PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*, p. 163-192.

⁶⁶ Neste sentido vide, entre outros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, p. 205 e LASCURAÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, 1995, p. 210-211.

⁶⁷ Se atentarmos devidamente, verificamos que se encontram subjacentes a este segundo critério os trabalhos de Jackobs e de Herzberg. Com efeito, Jackobs entende que, tanto nos delitos comissivos, como nos delitos omissivos, o fundamento da responsabilidade advém das competências de organização e das competências institucionais, sendo que a responsabilidade adveniente das competências de organização constitui a outra face da moeda que é a liberdade de conformação. Por seu turno, Herzberg considera, a este propósito, que o fundamento da imputação reside na “especial responsabilidad social del individuo por su propia persona, en su capacidad de actuar dañosa y peligrosamente”. E esta responsabilidade, “no depende sólo de que el individuo posea un dominio fáctico sobre sí mismo, sino también de que este dominio le corresponda según el sentimiento ético general y de que se reconozca por la ley como Derecho; esto es, como derecho a la propia determinación y al libre desarrollo de la personalidad. La responsabilidad personal por la propia actuación y sus consecuencias es, entonces, la otra cara del derecho a la propia determinación garantizado constitucionalmente, y se dará también cuando la persona domine otra fuente de peligro como se domina a si mismo”. Por todos, vide LASCURAÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, 1995, p. 211.

parte del principio general de libertad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, consustanciales al modelo democrático de organización política”⁶⁸. Poderá questionar-se agora em que casos concretos se verificará essa conexão estreita entre o exercício das faculdades individuais de auto-organização pelo administrador ou gestor empresarial e a conduta ilícita do seu subordinado. A este respeito ainda não há um grande desenvolvimento doutrinal. Tal não obsta, em nosso entender, que se procure agora delinear alguns critérios gerais que possam auxiliar na tarefa de determinação da existência dessa conexão. Em primeiro lugar, parece ser de determinar que a referida conexão existe quando os processos de risco tenham sido criados pelo próprio superior hierárquico, ou seja, pelo administrador ou gestor empresarial, o que poderá acontecer quando aquele, por exemplo, realiza uma nomeação pouco criteriosa de um titular de um cargo, seja porque o designado não tem a qualificação adequada, seja porque não possui a experiência necessária para o desempenho das funções a assumir. Por outro lado, haverá ainda conexão quando o perigo advier ou surgir dos objectos, mecanismos, instrumentos, processos ou trabalhadores da empresa. Por último, refira-se que “hay amplio acuerdo a la hora de extender el esquema de la responsabilidad del órgano directivo de la empresa en comisión a toda clase de delitos socioeconómicos en sentido jurídico-dogmático”⁶⁹.

1.3 O dever de garante dos administradores e gestores empresariais: o seu conteúdo e os seus limites

Assumida que está a existência de um dever de garante por parte do administrador ou gestor empresarial, qual é, ou melhor, qual deverá ser o conteúdo desse dever de garante?

Em nossa opinião, a determinação do conteúdo do dever de garante do administrador ou gestor empresarial, isto é, dos deveres que *in concreto* sobre si recaem, tem de fazer-se, em primeiro lugar, à luz das normas reguladoras da actividade empresarial em causa, ainda que tais normas regulamentares não possuam um carácter axiomático⁷⁰. Por outro lado, e porque tais normas regulamentares oferecem tão só um indício, convém atentar que em caso algum se deverá desprezar as circunstâncias específicas ou particulares do caso concreto⁷¹. Em segundo lugar, propõe a doutrina que se deva recorrer a critérios e a conceitos gerais e indeterminados, como os de “razoabilidade” e de “prudência”, que, para

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, p. 206-207.

⁷⁰ Neste sentido vide, entre outros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, p. 207 e MEINI MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 906.

⁷¹ Assim, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. **Responsabilidad Penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 50 e LASCURAÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, 1995, p. 216.

além do mais, já se encontram incorporados em normas legais vigentes,⁷² ainda que os mesmos, devido à sua conhecida vaguidade e susceptibilidade de provocar plúrimas interpretações, não ofereçam critérios muito precisos de imputação.

Mas mais do que isto, é preciso afirmar ainda que o conteúdo objectivo do dever de garantia do superior hierárquico também não aparece conformado apenas pelos critérios de indemnidade do bem jurídico, de recognoscibilidade do risco e de possibilidade de o evitar, mas igualmente em função da gravidade do risco em causa e da sua utilidade⁷³. Desta forma, como bem declara Lascuraín Sánchez,

quando, por razones de falta o de pérdida de utilidad o de aumento o exceso del riesgo, la actividad no es o deja de ser socialmente tolerable, las dimensiones del deber se disparan a las fronteras que marca la posibilidad de evitación. De este modo, la infracción de los denominados deberes de aseguramiento, al igual que la de los deberes de cuidado, origina los denominados deberes de evitación. El uso antijurídico de la libertad genera así severas cargas para su agente⁷⁴.

Ainda que não possa definir-se de forma concreta e objectiva qual o conteúdo do dever de garante do administrador ou gestor empresarial, como bem se vê pelas considerações que acima se fez, convém assinalar, no entanto, que o dever de garantia vincula o seu titular no sentido de evitar quaisquer comportamentos que, à primeira vista, surjam desde logo como demasiado perigosos o que os torna, em última instância, pouco ou nada toleráveis do ponto de vista social. Não obstante, parece ser também de entender que o administrador ou gestor empresarial tem não só o dever de controlar e de vigiar os cursos de risco a que dá origem, mas também aqueles que possam surgir *a posteriori*. Caso isso aconteça, terá a obrigação de os vigiar e controlar e de evitar que os mesmos causem quaisquer danos a bens jurídicos legalmente protegidos. Assim sendo,

no sólo se deberá imputar aquellos resultados lesivos que sean consecuencia de los riesgos existentes al momento de iniciar la actividad empresarial, sino que habrá que imputar también aquellos resultados que surgen en el desarrollo de la actividad empresarial que, aun cuando no se tenga la capacidad de evitarlos, sea exigible al empresario la ostentación de una capacidad para hacerlo: se trata de una responsabilidad que se fundamenta (...) no sólo en el no evitar pudiendo hacerlo, sino no evitar aun cuando no se puede, pero es exigible, debido a los deberes de aseguramiento

⁷² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, p. 207.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *op. cit.*, 1995, p. 217.

que surgen a costa de la organización con exclusión de terceros que efectúa el empresario, que se hubiera podido⁷⁵.

Por outro lado, acrescente-se que, em nosso entender, o administrador ou o gestor empresarial, em suma, o superior hierárquico, não poderá ser responsabilizado pelos actos cometidos pelos seus subordinados quando estes tenham agido com excesso ou contra ordens directas pois, em tais casos, actuaram em manifesto desrespeito pelo seu superior, em violação dos seus deveres laborais – dever de obediência – e em oposição à estrutura hierárquica⁷⁶.

Em resumo, tendo em linha de conta tudo quanto acima já se deixou dito, e na esteira de Schünemann, podemos concluir no sentido de que o dever de garante do administrador e gestor empresarial pode ser violado de cinco formas distintas, a saber:

1 – *Designação ou escolha pouco criteriosa de um titular de um cargo*, seja porque o designado não tem a qualificação ou a experiência necessárias para o desempenho das funções, “sea, más agravadamente, por una falta de carácter que perjudica el cumplimiento de las tareas”⁷⁷.

2 – *Distribuição ou divisão imprecisa de tarefas*, “entre distintos sustitutos o entre el director de la empresa y los órganos subordinados, que conduce, por eso, a que el mantenimiento de la protección del medio ambiente o de la seguridad técnica de las tareas requeridas por la empresa caiga, por decirlo así, en un agujero organizativo y no sea tomada en serio por nadie”⁷⁸.

3 – *Incipiente instrução do subordinado*, que “no está suficientemente iniciado en las exigencias del rendimiento interempresarial y que por eso no está en situación de poder cumplirlas, por lo que sólo obedece la instrucción de arriba e informa a los superiores en situaciones oscuras y en casos de un esfuerzo personal excesivo”⁷⁹.

4 – *Intervenção omissiva do administrador ou gestor empresarial* no âmbito de “irregularidades conocidas, que dependiendo de la dimensión de las irregularidades y de la sensibilidad de la esfera empresarial afectada puede alcanzar desde un aviso de despido junto con controles severos hasta el traslado o despido del trabajador”⁸⁰.

⁷⁵ MEINI MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 907-908.

⁷⁶ Neste sentido, vide SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2002, p. 138-139.

⁷⁷ SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2002, p. 140.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ SCHÜNEMANN, *op. cit.*, 2002, p. 140.

⁸⁰ *Idem.*

5 – *Não realização de uma fiscalização aleatória*, “oportuna y por sorpresa para control mismo, incluso de acreditados trabajadores de larga experiencia, porque con el paso del tiempo tampoco ese círculo de personas es inmune a aparentes desgastes, que se producen como consecuencia de la rutina empresarial”⁸¹.

Conclusão

O administrador ou o gestor empresarial assume sempre um compromisso material de actuar ou agir como barreira de contenção de determinados riscos.

O facto de assumir competências de gestão e de direcção de uma empresa, exercendo-as formalmente, coloca-o numa posição especial que o obriga a actuar de forma a evitar resultados lesivos dentro da sua esfera de competências. Significa isto que o administrador ou gestor empresarial assume um dever de garante em virtude da sua responsabilidade pela configuração do âmbito da organização. Mais concretamente, diga-se que a responsabilidade pela configuração do âmbito de organização surge dos deveres de relação, isto é, dos deveres de controlar uma fonte de perigo derivada dos objectos ou da actividade empresarial.

Em suma, o acto de aceitar e de exercer o cargo de administrador ou de gestor empresarial implica a assunção de um compromisso pessoal que obriga a evitar resultados lesivos advenientes da actividade da empresa. Se os não evitar, o administrador ou o gestor será responsabilizado, por comissão por omissão, por violação do seu dever de garante.

Por outro lado, para se responsabilizar, por comissão por omissão, o administrador ou gestor empresarial que não observou o seu dever de garante é preciso que, para além da sua responsabilidade em virtude do domínio que possui sobre a organização, que o autoriza a configurar o seu âmbito, exista uma conexão estreita entre o facto ilícito cometido pelo seu subordinado e o exercício das suas faculdades individuais de auto-organização.

A determinação do conteúdo do dever de garante do administrador ou gestor empresarial, isto é, dos deveres que *in concreto* sobre si recaem, tem de fazer-se, em primeiro lugar, à luz das normas reguladoras da actividade empresarial em causa, ainda que tais normas regulamentares não possuam um carácter axiomático. Por outro lado, em caso algum se deverá desprezar as circunstâncias específicas ou particulares do caso concreto. Em segundo lugar,

⁸¹ *Ibidem*.

deverá recorrer-se a critérios gerais e indeterminados, como os de “razoabilidade” e de “prudência”, que, para além do mais, já se encontram incorporados em normas legais vigentes, ainda que os mesmos, devido à sua conhecida vaguidade e susceptibilidade de provocar plúrimas interpretações, não ofereçam critérios muito precisos de imputação.

Mas mais do que isto, o conteúdo objectivo do dever de garantia do superior hierárquico não aparece conformado apenas pelos critérios de indemnidade do bem jurídico, de recognoscibilidade do risco e de possibilidade de o evitar, mas igualmente em função da gravidade do risco em causa e da sua utilidade social.

Referências

ALBERGARIA, Pedro Soares de. A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Ano 9.º, Fasc. 4.º, p. 605-626, Outubro – Dezembro de 1999.

BINDING, Karl. **Die normen und ihre übertretung. Eine untersuchung über die rechtmäßige handlung und die arten des delikts**. Tomo II. Leipzig: Engelmann/Meiner, 1926.

COEURET, Alain e FORTIS, Elisabeth. **Droit pénal du travail**. Paris: Litec, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa. In: **Jornadas de Direito Criminal**, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983.

ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marín de. **Criminalidad de empresa: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

FARIA, Bento de. **Código penal brasileiro (comentado)**. v. II (Primeira parte), Parte Geral (Arts. 1 a 41). 3. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Distribuidora Récord Editora, 1961.

FRISCH, Wolfgang. **Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa**. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. In: MIR PUIG, Santiago; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (coord.). Responsabilidad penal de las

empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. Barcelona: José María Bosch, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, Tomo L, p. 5-112, 2000.

GRACIA MARTÍN, Luis. La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español. In: **Hacia un Derecho Penal Económico Europeo**: Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general, fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S. A., 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general**. 4. ed., corrigida e ampliada. Granada: Comares, 1993.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Fundamento y límites del deber de garantía del empresario. In: **Hacia un Derecho Penal Económico Europeo**: Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. **Los delitos de omisión**: fundamento de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico**. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. In: **Revista Derecho**, Lima, n.º 52, p. 883-913, 1998/1999.

NAGLER, Johannes. **Die problematik der begehung durch unterlassung. Der gerichtssaal**. Vol. 111. Berlin: [s.n.], 1938.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. **Responsabilidad penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución**. Barcelona: Cedecs Editorial, S.L., 1997.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho en derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1994.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María. Los delitos societarios. In: **Revista de Derecho de Sociedades**, Pamplona, n.º 6, p. 1-222, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, tomo XLI, fascículo II, p. 529-558, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas. In: **Empresa y Delito en el nuevo Código Penal**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal. Aspectos de política-criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 1998.

SILVA, Germano Marques da. **A responsabilidade penal dos administradores e representantes das sociedades**. Lisboa: Gabinete de Estudos de Formação Avançada e Pós-Graduações da Universidade Católica Portuguesa, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal económico** (comunitario, español, alemán). Barcelona: PPU, 1993.

TIEDEMANN, Klaus. **Sonderausgabe aus scholz, kommentar zum gmbh-gesetz**. 8. ed.. Köln: O. Schmidt, 1995.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán, parte general**. 12. ed., 3. ed. Castellana. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

WILSON, Woodrow. **The new freedom: a call for the emancipation of the generous energies of a people** (1913). Disponível em: <<http://www.vindicatingthefounders.com/library/index.asp?document=48>>. Acesso em 11 de Abril de 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal. In: ANARTE BORRALLO, Enrique; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (Coord.). **Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos**. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

